

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 88001-23-33-000-2018-00010 02 (68.646)

**Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

**Demandado: ORGANIZACIÓN AYCARDI S.A.S. –EN LA ACTUALIDAD-
AGOPLA S.A.S.**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES (Ley 1437 de 2011)**

Temas: CONTRATO ESTATAL – El legislador dota a la Administración de potestades unilaterales para cumplir con los fines del Estado y garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos y derechos de los administrados / POTESTADES PÚBLICAS – su ejercicio corresponde a un deber de la Administración que no puede trasladarse al juez contencioso administrativo / COMPETENCIA – la entidad tiene el deber de declarar el incumplimiento y liquidar unilateralmente el contrato / CONTROVERSIA – No se produce porque la entidad pública no expidió los actos administrativos en ejercicio de sus facultades unilaterales para que el contratista pudiera controvertir en la jurisdicción contencioso administrativa.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y Agopla S.A.S., en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 19 de abril de 2022, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Primero: Declárase el incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, por parte del contratista Organización Aycardi S.A.S. – hoy Agopla S.A.S.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la Organización Aycardi S.A.S. – hoy Agopla S.A.S., al pago de la cláusula penal pecuniaria por un valor total de noventa y un millones quinientos trece mil ochocientos noventa y tres pesos (\$91'513.893) M/CTE.

Tercero: Líquidese judicialmente el contrato número 100215312-210-0-2013 de 27 de septiembre de 2013, en los siguientes términos:

Valor total del contrato: \$4.474'730.447-

Valor total ejecutado: 4.404'753.087.

Valor total pagado: \$4.404'753.087.

Valor no ejecutado del contrato: \$69'977.360.

Valor total anticipo pagado: \$1.469'981.084.

Valor amortizado del anticipo: \$1.469'981.084.

Saldo del anticipo sin amortizar: \$0.

Valores a favor del contratista por: \$0.

Obras ejecutadas y no canceladas: \$0.

Valor a favor de la entidad: \$69'977.360.

Valor cláusula penal pecuniaria: \$91'513.893.

Cuarto: Condénese a la parte demandada al pago de las costas. Inclúyanse como agencias en derecho equivalente a un (1) S.M.LM.V.

Quinto: Fíjense los honorarios del perito señor Jaime Alberto Castro Cárdenas gerente de la sociedad FRIOSAI S.A.S., en la suma de tres (3) SMLMV, los cuales estarán a cargo de la parte demandada, es decir Organización Aycardi S.A.S. – hoy Agopla S.A.S.

Sexto: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de incumplimiento y a la liquidación judicial del contrato No. 100215312-210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013, suscrito entre la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN y la Organización Aycardi S.A.S.

La parte actora manifiesta que la sociedad demandada incumplió con sus deberes de mantenimiento preventivo de los bienes suministrados durante la ejecución del contrato y, además, alegó la deficiencia de las obras relacionadas con el pozo séptico realizadas por el contratista, por lo que solicitó el pago de la cláusula penal pecuniaria como indemnización de los perjuicios causados.

2. La demanda¹

El 8 de marzo de 2018, la DIAN presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra la Organización Aycardi S.A.S., en la actualidad, Agopla S.A.S., con el fin de que:

¹ Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, folios 3 a 35 delcuaderno principal.

- Se declare el incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 del

27 de septiembre de 2013, por parte de la Organización Aycardi S.A.S.

- Se liquide judicialmente el contrato número 100215312-210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013, suscrito entre la DIAN y la Organización Aycardi S.A.S.
- Se condene a la Organización Aycardi S.A.S. – Agopla S.A.S. al pago de la cláusula penal, por valor de ochocientos ochenta millones novecientos cincuenta mil seiscientos dieciocho pesos (\$880'950.618), como consecuencia del incumplimiento del contrato número 100215312-210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013.
- Se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante las costas y agencias en derecho en que se incurran durante el proceso judicial.

3. Los hechos

3.1. El 27 de septiembre de 2013, la DIAN y la Organización Aycardi S.A.S. celebraron el contrato No. 100215312-210-0-2013 para la *“realización a precios unitarios fijos de las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas”*, con un valor de \$2.939'962.168 y un plazo de 6 meses, cuyo inicio se produjo el 23 de noviembre del mismo año.

3.2. El contrato No. 100215312-210-0-2013 fue objeto de modificaciones en el plazo y en el valor, así: (i) prórroga del 20 de mayo de 2014; (ii) adición del 25 de junio de 2014; (iii) prórroga del 10 de septiembre de 2014; (iv) adición del 11 de diciembre de 2014; (v) prórroga del 19 de diciembre de 2014 y (vi) prórroga del 18 de marzo de 2015.

3.3. El 6 de mayo de 2017 se suscribió el acta de recibo definitivo de las obras, entre el interventor del contrato y la DIAN.

3.4. Según la parte actora, la contratista realizó únicamente 8 mantenimientos preventivos de los 28 aires acondicionados instalados, cuando su obligación contractual consistía en un mantenimiento mensual durante 48 meses; no cumplió con la totalidad de labores de reparación encomendadas; los puntos de red no se encuentran en funcionamiento y el pozo séptico presenta deficiencias con riesgo ambiental y sanitario.

3.5. En la demanda se enlistaron las siguientes actividades supuestamente incumplidas:

- Marcación de tableros eléctricos del auditorio.
- Resane de muros en auditorio, oficina del archivo, bodega del archivo y oficina bodega de mercancías.
- Cubrimiento de espacios superiores e inferiores en los marcos de las ventanas del auditorio, bodega, almacén y archivo; se debe resanar y pintar.

- Arreglo del desagüe del aire acondicionado en la oficina de archivo.
- Enchape del borde de las puertas de acceso al auditorio.
- Revisión de las chapas y pasadores de las puertas de acceso al auditorio y al archivo.
- Cambio de vidrio fijo de la parte inferior de las ventanas.
- Suministro e instalación de ducha del baño del Director Seccional.

3.6. El 29 de julio de 2016, la DIAN expidió la Resolución No. 5500, a través de la cual declaró la ocurrencia del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, y ordenó hacer efectiva la garantía respectiva a cargo de la compañía Mundial de Seguros S.A., por causa del supuesto incumplimiento del contratista.

3.7. La Organización Aycardi S.A.S. y la compañía Mundial de Seguros S.A. presentaron recursos de reposición en contra de la mencionada resolución, entre otros cargos, por no haberse respetado el debido proceso, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de Ley 1474 de 2011.

3.8. La DIAN, mediante Resolución No. 007742 del 22 de octubre de 2016, resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la anterior decisión, en el sentido de revocarla y, en su lugar, conminó a la Organización Aycardi S.A.S. a cumplir con sus obligaciones contractuales, para lo cual expuso lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

Como los requerimientos efectuados por la supervisora del contrato mediante correos electrónicos del 5 y 19 de agosto de 2015 y 18 de septiembre de 2015, fueron remitidos al contratista Organización Aycardi S.A.S., y no fueron comunicados al garante Compañía Mundial de Seguros S.A. y como el informe de incumplimiento presentado por la supervisora del contrato mediante oficio del 26 de julio de 2016 no fue puesto en conocimiento del contratista ni de su garante, se considera necesario revocar la declaración efectuada mediante Resolución No. 5500 de julio 29 de 2016, para permitir al contratista y a su garante ejercer su derecho de contradicción y de defensa frente al informe de supervisión, como requisito previo y necesario para que la DIAN pueda adoptar una decisión de fondo.

4. Normas violadas y fundamentos de derecho

La entidad demandante señaló que la Organización Aycardi S.A.S. actuó en contra de los postulados de la buena fe durante la ejecución del contrato número 100215312-210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013; asimismo, consideró vulnerado el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que establece la responsabilidad contractual para las partes y, en virtud de los artículos 13 y 40 del mismo estatuto, alegó que al caso concreto le resultan aplicables las normas del Código Civil y que, en ese sentido, se violó el artículo 1602 *ejusdem*, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Además, expresó que el contratista vulneró la Ley 1480 de 2011 *-Estatuto del Consumidor-* por no responder por la calidad e idoneidad de los equipos suministrados.

Por último, la parte actora fundó la pretensión de liquidación judicial del contrato en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007.

5. Trámite de primera instancia

5.1. Mediante providencia del 3 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la demanda y ordenó la notificación a la Organización Aycardi S.A.S. y al Ministerio Público.

5.2 La sociedad demandada contestó dentro del término legal. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones, por considerar que *“los daños aludidos por el demandante no están comprobados, así como el incumplimiento del contrato estatal objeto de la controversia”*².

Sobre el incumplimiento contractual, alegó que no se demostró su configuración, porque la DIAN lo fundamentó en un conjunto de documentos y cotizaciones que no fueron aportados por un perito experto sino por funcionarios de la entidad, por lo que dichas pruebas carecían de objetividad, imparcialidad e idoneidad para demostrar el daño.

En cuanto a las supuestas obras y actividades pendientes de ejecutar, consideró que se trataba de un hecho superado, porque el contratista finalmente cumplió con las labores a su cargo, tal como se puede constatar en el acta de entrega de la obra suscrita entre la interventoría y la entidad contratante.

Por último, manifestó que los equipos de aire acondicionado fueron entregados en debida forma a la DIAN y que la entidad no tuvo los cuidados necesarios que, según los manuales de uso, debe tener el consumidor final, por lo que se configuró una exoneración de responsabilidad por los daños de los bienes, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1480 de 2011 -Estatuto del Consumidor-. Reiteró este argumento frente a los daños presentados en el pozo séptico y los puntos de redes eléctricas del edificio.

² Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, folios 101 a 119 del cuaderno principal.

5.3. Audiencia inicial

El 17 de agosto de 2018, se realizó la audiencia inicial, oportunidad en la que se procedió al saneamiento del proceso y, posteriormente, se resolvió sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

El Tribunal declaró probada la excepción de caducidad, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

En el presente asunto, las partes celebraron el contrato No. 100215312-210-02013 del 27 de septiembre de 2013. El cual tuvo seis (6) modificaciones, estableciéndose como plazo final de ejecución el día 17 de abril de 2015.

En este orden, la caducidad empezará a correr una vez cumplido el término de dos meses siguientes contados a partir del vencimiento de los cuatro meses para la liquidación bilateral siguientes a la terminación del contrato, que la ley fija para la liquidación bilateral.

Teniendo en cuenta que la ejecución del contrato finalizó el 17 de abril de 2015, como se indicó anteriormente, las partes contaban hasta el día 17 de agosto de 2015 para realizar la liquidación bilateral del contrato. Como dicha situación no aconteció la entidad contaba hasta el día 17 de octubre de 2015 para que se hiciera la liquidación unilateral, empezando en dicha fecha a correr el término de la caducidad de la acción que finalizaría el 17 de octubre de 2017.

Como se observa, la presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría se realizó el día 20 de octubre de 2017 (...) finalmente la demanda fue presentada el día 8 de marzo de 2018 (...). Así las cosas, en consideración de la Sala se encuentra estructurado el fenómeno de la caducidad de la acción, en razón de lo cual se debe declarar la terminación de proceso³.

La parte actora presentó recurso de apelación contra esa decisión, el cual se concedió en el efecto suspensivo, lo que llevó a suspender el trámite de la audiencia mientras este se decidía.

Esta Corporación, mediante providencia del 19 de septiembre de 2019, revocó la decisión adoptada en primera instancia, porque encontró que las partes habían pactado un plazo de liquidación bilateral del negocio que no se tuvo en cuenta por el *a quo* para el cómputo de la caducidad, y sustentó su postura en los siguientes términos:

De cara al caso concreto se tiene que, en la cláusula cuarta del contrato No. 100215312-210-0-2013 suscrito entre la DIAN y la Organización Aycardi S.A.S., las partes acordaron un plazo de ejecución de 6 meses a partir de la suscripción del acto de inicio, documento que fue firmado el 20 de noviembre de 2013; sin embargo, tal negocio fue prorrogado en su plazo en 6 oportunidades, por lo que la ejecución finalmente terminó el 17 de abril de 2015.

³ Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, minuto 9:00 a 15:10 del CD 1 de la audiencia inicial.

A su vez, la cláusula quinta del contrato objeto de estudio se pactó lo siguiente: '5. Vigencia del contrato: se entiende como plazo de ejecución del contrato, más el término para la liquidación, el cual será de seis (6) meses, es decir, que dicha liquidación debía realizarse a más tardar el 18 de octubre de 2015, porque el plazo de ejecución, como ya se dijo, finalizó el 17 de abril de 2015; no obstante, como dicha liquidación no se llevó a cabo, debe tenerse en cuenta el lapso de 2 meses que consagra la norma, por lo que el computo de los 2 años de la caducidad empezó a correr el 19 de diciembre de 2015, día siguiente al vencimiento de los aludidos 2 meses, pues el contrato tampoco fue liquidado durante ese plazo.

La parte actora tenía hasta el 20 de diciembre de 2017 para presentar su demanda de controversias contractuales, pero ha de señalarse que (...) el término de caducidad se suspendió el 20 de octubre de 2017, porque ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, diligencia que, según la constancia expedida por el Ministerio Público, se realizó el 19 de enero de 2018.

En ese contexto, el término de caducidad se suspendió cuando faltaban 62 días

para que feneciera, reanudándose al día siguiente de la expedición de la certificación aludida, esto es, desde el 20 de enero de 2018 hasta el 22 de marzo del mismo año, cuando finalizaron los dos años del término de caducidad. Así las cosas, como la demanda objeto de estudio se interpuso el 8 de marzo de 2018, se concluye que se presentó dentro de la oportunidad legal⁴.

El 12 de julio de 2017 se reanudó la audiencia y se fijó el litigio en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

Determinar si la sociedad Organización Aycardi S.A.S. hoy Agopla S.A.S., incumplió las obligaciones contractuales pactadas en el contrato No. 100215312-210-0-2013, suscrito con la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y, en consecuencia, si hay lugar a condenar el pago de la cláusula penal.

De la misma manera, deberá determinarse si procede la liquidación judicial del contrato⁵.

Luego se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, con excepción de la exhibición de documentos pedida por la parte demandada, debido a que la DIAN remitió los archivos al proceso.

5.4. Etapa de pruebas

El 11 de marzo de 2020, la magistrada sustanciadora instaló la audiencia de pruebas, en la cual se practicaron los testimonios de los señores Jorge Alberto Peña Morales y Marcela Rodríguez Perdomo. Acto seguido, suspendió la audiencia hasta poder cumplir con la contradicción de los dictámenes periciales decretados previamente.

⁴ Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, folios 213 a 216 del cuaderno número 2.

⁵ Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, minuto 23:00 a 23:40 del CD 2 de la audiencia inicial.

El 11 de febrero de 2021 se reanudó la audiencia de pruebas, en la cual la perito Adriana Lorena Cabrera Chávez explicó las conclusiones del dictamen pericial rendido sobre los daños del sistema del pozo séptico y se dio oportunidad a las partes para realizar la contradicción. Posteriormente, en diligencia del 3 de mayo del mismo año, se realizó la contradicción del dictamen presentado por el perito Jaime Alberto Castro Cárdenas sobre el daño de los equipos de aire acondicionado.

6. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 19 de abril de 2022⁶, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por considerar que la parte demandada incumplió las obligaciones del contrato No. 100215312-210-0-2013.

En relación con los mantenimientos que se debían realizar a los equipos suministrados, el Tribunal expresó que la contratista se comprometió a realizarlos durante el término de 4 años, de manera mensual, de acuerdo con las recomendaciones del fabricante; sin embargo, se demostró que la Organización Aycardi S.A.S. únicamente había realizado 13 de los 34 mantenimientos de los equipos que debían efectuarse en el momento de la presentación de la demanda, a pesar de los múltiples requerimientos de la entidad contratante.

El *a quo* encontró que la contratista construyó el pozo séptico, y que en el acta de entrega no hubo cuestionamientos de la entidad ni del interventor sobre la idoneidad de la obra. En cuanto a las fallas presentadas con posterioridad a su entrega y el defectuoso funcionamiento del sistema hidrosanitario, el Tribunal consideró que la obligación consistía en realizar un nuevo pozo séptico para la entidad y le pareció llamativo que un pozo sobredimensionado presentara filtraciones un año después de su puesta en funcionamiento; por último, precisó que al recibir la obra sin ninguna salvedad no podía alegarse un incumplimiento y, en todo caso, esos aspectos debían haber sido analizados dentro del plano de la garantía de estabilidad de la obra.

Sobre las actividades pendientes de ejecución, el juzgador encontró que en el acta de entrega se relacionaron varias que no fueron realizadas por la contratista y que, por tanto, no fueron pagadas por la entidad contratante.

El Tribunal de primera instancia liquidó judicialmente el contrato, para lo cual tuvo en cuenta el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada, y,

⁶ Expediente digital visible en el índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI.

además, consideró procedente el reconocimiento de la cláusula penal pecuniaria en favor de la entidad demandante; sin embargo, adujo la necesidad de graduar el monto en función de la cuantía de los perjuicios causados, en ese sentido, precisó que las afectaciones demostradas ocurrieron por: (i) daño total de 1 aire acondicionado tipo *minisplit* con capacidad de 9.000 BTU; (ii) daño total de 1 aire acondicionado tipo *minisplit* con capacidad de 12.000 BTU; (iii) incumplimiento en el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado; (iv) daño de la subestación eléctrica y (v) actividades pendientes por realizar, por lo que condenó a la sociedad accionada a pagar \$91'513.893 por concepto de la cláusula penal, así como al pago de la condena en costas y los honorarios del perito Jaime Alberto Castro Cárdenas, representante legal de la empresa Friosai S.A.

7. Recursos de apelación

7.1. DIAN

La entidad demandante solicitó modificar la sentencia de primera instancia. Como sustento de su inconformidad, consideró que se omitió declarar que el contratista incumplió los requerimientos de estabilidad de la obra del pozo séptico y su conexión a las instalaciones hidrosanitarias que, a pesar de haber sido entregado y usado, presentó daños que impiden su uso actual. Sobre este punto expresó que el estudio técnico aportado con la demanda demostró las filtraciones y humedades del pozo durante el período de garantía de estabilidad y, además, consideró que las fallas eran imputables a la contratista, según lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 -*Estatuto del Consumidor*- por haber presentado defectos el bien.

Por otra parte, expuso que el monto reconocido por concepto de la cláusula penal pecuniaria no fue tasado debidamente, en razón a que únicamente se reconoció la pérdida de dos equipos de aire acondicionado, a pesar de haberse demostrado que fueron tres los bienes dañados, por lo que se debe incorporar el valor de un equipo de aire acondicionado *minisplit* de 12.000 BTU; además, adujo que se omitió incorporar los perjuicios derivados del incorrecto funcionamiento del pozo séptico e instalaciones al sistema hidrosanitario, lo cual, con base en las cotizaciones presentadas en la demanda, corresponden al valor de \$44'814.510, suma de dinero que debe ser actualizada.

7.2. Organización Aycardi S.A.S.

La sociedad demandada manifestó que el Tribunal *a quo* incurrió en una indebida valoración de las obligaciones del contratista y reprochó que en la sentencia se hubiera afirmado que los mantenimientos preventivos realizados no habían sido acordes a la periodicidad establecida en el contrato.

Sobre este aspecto, el recurrente adujo que no era su obligación realizar los mantenimientos preventivos y, además, que ocurrió una exclusión de responsabilidad del contratista, porque la entidad contratante no acató las instrucciones del manual de funcionamiento y operación de los equipos, por no haber realizado la limpieza y cambio de filtros de los aires acondicionados semanalmente.

Sobre la inclusión en el expediente del contrato No. 27-005-2019, cuyo objeto era la realización de "*obras de mantenimiento y adecuación de las cubiertas de las infraestructuras físicas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas en San Andrés*", el recurrente la consideró ilegítima, por haberse hecho por fuera de la oportunidad legal y, además, expresó que sin ese documento no hubiera sido posible demostrar el supuesto incumplimiento del contrato.

Por último, manifestó que el Tribunal incurrió en una indebida cuantificación de los perjuicios al determinar una total responsabilidad de la sociedad demandada. Al

respecto afirmó que no se tuvo en cuenta que la DIAN no cumplió con las obligaciones derivadas del manual de funcionamiento y operación de los equipos de aire acondicionado, por lo que solicitó una reducción en la indemnización por la participación directa de la parte demandante en la producción del daño alegado.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina concedió los recursos de apelación, que fueron admitidos por esta Corporación mediante auto del 28 de julio de 2022, en el que, además, se indicó a las partes que podrán alegar de conclusión “[d]esde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia”⁷.

8.2. La DIAN presentó escrito de alegatos en el que reiteró su inconformismo con la decisión de primera instancia⁸. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1) Caso concreto; 1.1) Irrenunciabilidad al ejercicio de potestades públicas**

⁷ En concordancia con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

⁸ Índice 13 del historial de actuaciones de SAMAI.

de la entidad contratante; **1.2) Las actuaciones de la DIAN y la inexistencia de una controversia susceptible de control judicial; 1.3) Conclusión; 2) costas.**

1. Caso concreto

Previo a analizar de fondo las pretensiones de la demanda, la Sala se pronunciará sobre las potestades unilaterales consagradas en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en la Ley 1474 de 2011, en favor de las entidades públicas, en este caso la DIAN, con el propósito de establecer si la decisión de no ejercerlas genera una consecuencia jurídica al someter la resolución del caso planteado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sobre el particular, esta Subsección considera pertinente el análisis enunciado, a pesar de no haber sido un tema discutido por las partes, debido a que su definición resulta pertinente para determinar la existencia de una controversia susceptible de control judicial en el caso *sub examine*.

En ese sentido, se advierte que al momento de dictar sentencia le corresponde al

juez analizar los presupuestos necesarios verificar la viabilidad de resolver de fondo el asunto sometido a su decisión. Asimismo, se recuerda que, en sentencia de unificación del 6 de abril de 2018⁹, la Sala Plena de esta Sección se pronunció en relación con la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de pronunciarse, incluso de oficio, sobre los presupuestos necesarios para proferir una decisión de mérito:

*Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. **Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada** (se destaca).*

En línea con lo anterior, a pesar de no haber sido objeto de discusión por las partes, es pertinente determinar si la causa de este litigio es la existencia de un conflicto entre las partes susceptible de control judicial, o si, por el contrario, se evidencia una omisión en el ejercicio de las prerrogativas públicas otorgadas por la ley a la entidad contratante, es decir, un traslado de estas potestades de la Administración

⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 6 de abril de 2018, expediente número 46.005. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

al juez, sin haber agotado previamente la etapa administrativa pertinente para resolver sobre el incumplimiento y liquidación del contrato.

1.1. Irrenunciabilidad al ejercicio de potestades públicas de la entidad contratante

Sobre la finalidad que persiguen las entidades públicas al celebrar contratos estatales, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que se busca el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de tales propósitos.

Recientemente, esta Subsección precisó que el legislador dotó a las entidades públicas de diversas prerrogativas, que imponen un deber de ejecución a la administración, con el objetivo de cumplir con los fines descritos en precedencia (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“[E]n aras de lograr tales cometidos de connotación suprema, esa misma ley [Ley 80 de 1993] asigna a las entidades estatales la función de dirección, vigilancia y control y, para ello, las dota de una serie de potestades o prerrogativas públicas –califíquense o no como excepcionales o exorbitantes¹⁰– que, lejos de constituir un privilegio o una facultad discrecional, se imponen como deberes que la administración debe ejecutar en aras de cumplir el cometido que animó la celebración de un determinado

contrato – asociado, como ya se dijo, a la satisfacción del interés general–; claro está, si las circunstancias definidas en la ley como presupuesto de su ejercicio así lo imponen, como manifestación palmaria del principio de legalidad¹¹.

En ese sentido, la Ley 80 de 1993 -en su artículo 14¹²- otorgó a las entidades públicas la facultad de interpretar, modificar y terminar unilateralmente los contratos

¹⁰ Cita del texto referido: “Con el propósito de identificar cuáles decisiones se hallan inmersas dentro de la noción ‘proferidas en ejercicio de potestades excepcionales’, conviene advertir que, a su turno, la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, delimitó la categoría de potestades excepcionales exclusivamente a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, lo que de suyo excluyó de ese listado la liquidación unilateral del negocio jurídico. (...)”.

En esta ocasión, siguiendo el derrotero trazado en ocasiones precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1999 (sic) conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, sólo se conciban como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de las que se encuentra investida la Administración por ministerio de la Ley. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de octubre de 2019, Expediente. 60304., C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de mayo de 2022, expediente: 55.868, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹² Artículo 14: “Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (...). (se destaca).

cuando la prestación del servicio público lo exija, figuras que fueron desarrolladas en los artículos siguientes; asimismo, en el artículo 60¹³ de la norma mencionada se estableció una etapa de liquidación del contrato estatal y, en el artículo 61, la potestad de liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo motivado, posteriormente, sustituido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007¹⁴; sin embargo, estas no son las únicas potestades unilaterales que la ley ha consagrado en favor de las entidades públicas contratantes, con el fin de proteger el interés público que se pretende satisfacer con la contratación estatal, tal como se evidencia a continuación.

Así, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 17¹⁵, otorgó a las entidades públicas la facultad de imponer multas y declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, siempre que se realice un procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, especificado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador dotó de prerrogativas públicas a la Administración, como lo son la posibilidad de declarar el incumplimiento y liquidar unilateralmente los contratos estatales, con el fin proteger de manera efectiva el patrimonio público y, por lo mismo, el interés general.

¹³ Artículo 60: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar (...)”.

¹⁴ Artículo 11: “La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, **la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral** dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. (...)” (se destaca).

¹⁵ Artículo 17: “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas** que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato** (...)” (se destaca).

Sobre el ejercicio de estas potestades, esta Subsección consideró que las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no podían despojarse de su ejercicio, de cara a su carácter irrenunciable: :

*Así, las razones que subyacen a la existencia y consagración de tales potestades públicas son las mismas que explican por qué **la administración no puede abstraerse de su ejercicio, en tanto se trata de una responsabilidad a la que está sujeta en desarrollo de las funciones que le ha asignado la ley** (...).*

*Es preciso entonces concluir que **tales potestades irrenunciables –como cualquier otra prerrogativa pública– se muestran como mecanismos para garantizar la prevalencia del interés general** y, por lo mismo, para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal cuya dirección, ya se dijo, está en cabeza de la administración pública a la que la ley dotó de ciertas prerrogativas encaminadas a hacer cumplir ese propósito, **lo que impone imperativamente su ejercicio** cuando las condiciones fácticas, recogidas en la ley como presupuesto del ejercicio de tales facultades, así lo imponen.*

*Todo lo anterior revela, a su vez, que **es a la administración a la que compete, con base en los poderes públicos que la ley le ha conferido, definir aquellas situaciones que se enmarquen en el supuesto fáctico que, de conformidad con la ley, abre paso al ejercicio de tales prerrogativas**. Esta lógica supone, al mismo tiempo, que **el papel del juez se limita a analizar la legalidad de las decisiones que, en ejercicio de tales facultades, expida la administración** –si es que el afectado así lo solicita en ejercicio del derecho de acción–, **mas no a definir, por vía judicial, las situaciones que han debido ser resueltas por la propia entidad contratante en vía administrativa**; lo contrario supondría, no solo admitir que la entidad pública contratante pueda despojarse de las responsabilidades o competencias que le han sido asignadas por ley para trasladarlas al juez, sino que éste podría sustituirla en el cumplimiento de sus deberes, lo cual se traduciría en una intromisión inadmisibles del poder judicial en la labor que, por ley, compete a la administración pública¹⁶ (se destaca).*

Bajo ese supuesto, una vez la Administración haya ejercido su rol de directora del contrato estatal, a través de la implementación de dichas facultades a las que deberá acudir en caso de que se reúnan los supuestos fácticos y normativos para su procedencia¹⁷, corresponderá al juez analizar la legalidad de las decisiones que, en ejercicio de tales facultades, expida la administración *—si es que el afectado así lo solicita en ejercicio del derecho de acción—*, mas no a definir, por vía judicial, las

¹⁶ *Ibíd*em, expediente: 55.868.

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia del 20 de junio de 2002, M.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente: 19.488 actor: Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados S.A. y Citeco Consultora S.A, sobre el particular consideró: ***“La entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente ‘las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria’ (...) y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor, las sanciones pecuniarias que se hubieran convenido (...).*** *Dicho en otras palabras, (...) la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma de unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley (...) y en la medida que se desplace la verificación de la circunstancias de incumplimiento al juez (...) se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa)”* (se destaca).

situaciones que, por disposición legal, han debido ser resueltas por la propia entidad contratante en sede administrativa en virtud del principio de autotutela administrativa, pues obrar en esta dirección se traduciría en una intromisión del poder judicial en la labor que, por ley, compete a la administración pública.

En este punto, la Sala precisa que, si bien en el caso analizado jurisprudencialmente, citado en precedencia, la discusión giraba en torno a la pretensión de liquidación judicial del contrato, lo cierto es que las reflexiones que en esa oportunidad se sentaron por parte de esta Subsección no se limitaron al ejercicio de una facultad específica, pues en sana lógica, la misma línea de pensamiento en que se fundaron tales consideraciones habría de permear el ejercicio de las prerrogativas públicas unilaterales que, en general, ostentan las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al momento de suscribir un contrato estatal.

El análisis anterior tampoco resulta ajeno a la doctrina especializada sobre el tema, la que sobre el punto en cuestión ha discurrido:

En principio, el incumplimiento de una parte da lugar para que la otra solicite al juez en su constatación y lo condene al pago de los perjuicios subsiguientes. En el contrato administrativo clásico el principio es limitado, por cuanto la administración tiene poderes de vigilancia y control frente a su contratista, a los que no puede renunciar. Estos poderes irrenunciables no constituyen sólo un privilegio sino también una responsabilidad para ella. La Administración no puede dejar de ejercerlos si las circunstancias lo exigen, al punto que le está vedado acudir al juez para que éste declare un derecho u obligación, una sanción o un estado de hechos que ella misma podría haber efectuado de manera unilateral y en fase administrativa. El juez tan solo puede pronunciarse sobre la licitud de los actos que la administración profirió en ejercicio de sus poderes. En estos aspectos, el juez no define

derechos y obligaciones, sino controla la legalidad de los actos de la administración a través de los cuales ésta ha definido unilateralmente derechos y obligaciones¹⁸ (se destaca).

Recientemente la doctrina nacional ha reiterado este análisis, en relación con el ejercicio de las potestades unilaterales otorgadas por el legislador a las entidades públicas, independientemente del análisis sobre si se catalogan o no como cláusulas excepcionales:

*No cabe duda entonces que estas cláusulas [multa y declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria] aunque deben venir de pacto, son verdaderas potestades de coerción por la contratante y, por ende, de no ser aceptadas por el contratista, **la controversia surgida no tendrá que ir al conocimiento del juez natural como ocurre en el derecho privado, sino que la administración las declarará y las hará efectivas por***

¹⁸ BENAVIDES, José Luis. “Contencioso contractual en Colombia Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato”. Universidad Externado de Colombia. Revista Derecho del Estado, N° 18, junio de 2006, Bogotá.

*sí y ante sí con lo que las convertiría, por sus efectos mas no por su incorporación legal, en una nueva tipología de cláusulas que, sin ser exorbitantes, sí son de unilateral imposición, circunstancia esta nunca antes contemplada en nuestra normativa y ajena a toda institucionalidad y práctica anterior en nuestro país*¹⁹ (se destaca).

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que el ejercicio de las prerrogativas públicas unilaterales, cualquiera que estas sean, y, especialmente, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes, debido a que la misma ley las consagró como mecanismo para la protección eficaz y eficiente del servicio público que se pretende satisfacer y, no podrá la entidad contratante despojarse de su implementación cuando a esta haya lugar como causa válida para trasladar dicha competencia al juez.

Asimismo, queda claro que la activación del derecho que tiene el contratista de discutir la legalidad del acto administrativo proferido por la entidad contratante abre paso a la competencia del juez para pronunciarse sobre la validez del ejercicio de las citadas prerrogativas, pero no para sustituir a la administración en el cumplimiento de sus deberes o para coadministrar con ella.

1.2. Las actuaciones de la DIAN y la inexistencia de una controversia susceptible de control judicial

La DIAN solicitó que se declare el incumplimiento y se liquide judicialmente el contrato No. 100215312-210-0-2013 del 27 de septiembre de 2013, celebrado con la Organización Aycardi S.A.S. y, como consecuencia, pidió que se ordene al demandado pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en el negocio por valor de \$880'950.618.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, se refirió al objeto del contrato, que

consistió en “La realización a precios unitarios fijos de las obras de adecuación, reparación, construcción, mantenimiento y dotación de las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de San Andrés Islas”, así como al plazo de 6 meses y el valor inicial de \$2.939'962.168, y a los documentos contractuales por los que se extendió el plazo y aumentó su valor; posteriormente, aludió a los supuestos incumplimientos en que incurrió el contratista y, finalmente, mencionó que la entidad contratante adelantó un trámite sancionatorio; sin embargo, tuvo que revocar el acto administrativo adoptado como resultado de ese procedimiento por haber violado el debido proceso del contratista y su garante.

¹⁹ Palacio, María Teresa y Arrieta Palacio, Luis Felipe. “Potestades excepcionales y otros poderes de la administración pública”. En Contratos Estatales, Tomo II, directora académica Palacio, María

Sobre el trámite sancionatorio, la Sala evidencia que la DIAN, en un primer momento, profirió la Resolución No. 5500 del 29 de julio de 2016²⁰, por medio de la cual declaró el incumplimiento de la Organización Aycardi S.A.S. y ordenó a la Compañía Mundial de Seguros S.A. el pago de la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los equipos, por considerar acreditada su ocurrencia.

Posteriormente, mediante Resolución No. 007742 del 22 de octubre de 2016, la entidad revocó la Resolución No. 5500, con fundamento en la vulneración del debido proceso y el derecho de contradicción del contratista y su garante, lo que no obstaba para que la administración enderezara su actuación en orden a ejercer nuevamente esa potestad, esta vez, con estricto apego al ordenamiento.

De lo anterior se evidencia que, a pesar de que la DIAN adelantó una actuación administrativa de carácter sancionatorio, dicho procedimiento no implicó el ejercicio de la prerrogativa pública de declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, precisamente porque la entidad tuvo que deshacer su actuación al resolver el recurso de reposición por violación al debido proceso de los sancionados.

Asimismo, en el contrato No. 100215312-210-0-2013, las partes pactaron en la cláusula 7 la obligación de liquidarlo y, en la cláusula 5, un plazo de seis meses para llevar a cabo ese trámite²¹; sin embargo, advierte la Sala que en los documentos contractuales aportados al proceso no se evidencia que las partes hubieran intentado agotar esta etapa o que la DIAN intentara ejercer su facultad de liquidación unilateral del negocio. Si bien junto con el escrito de demanda la DIAN aportó un documento denominado “*proyecto de liquidación*”, el mismo no hizo parte del expediente contractual y no se demostró que hubiera sido puesto a consideración del contratista o que hubiera consistido en la liquidación unilateral del contrato: por el contrario, la demandante lo puso a consideración del juez para decidir la

pretensión de liquidación judicial.

En este punto, cabe mencionar, como ya en otras oportunidades lo ha hecho la Sala, que en el marco de los contratos de tracto sucesivo, en caso de que las partes no logren un acuerdo sobre el cruce final de cuentas, la entidad contratante está en la obligación de realizar la liquidación de manera unilateral, porque frente a la regla

²⁰ Expediente digital, índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, cuaderno número 1, expediente contractual, carpeta 9, parte 4, folios 17 a 43.

²¹ Expediente digital, índice 2 del historial de actuaciones de SAMAI, cuaderno número 1, expediente

legal que manda que los contratos de tracto sucesivo deben liquidarse, no puede oponerse ninguna excepción²².

Asimismo, se reitera que, en el *sub lite*, la pretensión de liquidación judicial del negocio se encontraba relacionada con la declaratoria de incumplimiento y pago de la cláusula penal pecuniaria en favor de la parte demandante, pues precisamente lo que se persigue es que las consecuencias económicas de esa declaratoria, como de la efectividad de la cláusula penal, se incorporen en la pretendida liquidación judicial, situación que, como se precisó en el acápite anterior, debía haber sido resuelta en sede administrativa por la entidad contratante.

Según lo analizado previamente, so pena de inmiscuirse en las competencias que son propias de la Administración, al juez no le corresponde definir el incumplimiento y realizar la liquidación judicial del contrato para incluir las consecuencias pecuniarias solicitadas por la DIAN, debido a que la facultad legal para declarar el incumplimiento y el balance final de cuentas recaía en la entidad pública contratante.

Aceptar lo contrario equivaldría a convalidar que la Administración se sustraiga del ejercicio de sus deberes legales, trasladándole al juez el conflicto que subyacía entre las partes en relación con ese aspecto, cuando era a ese organismo, en calidad de entidad pública contratante y habilitada legalmente para tal efecto, a quien le correspondía solucionarlo de manera unilateral y por vía administrativa, haciendo uso de las prerrogativas públicas que le fueron asignadas por la ley, y que por lo mismo son de carácter irrenunciable.

En línea con lo anterior, la Sala concluye que, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, a través del medio de control de controversias contractuales se puede formular la pretensión de liquidación judicial del contrato, lo cierto es que dicha pretensión, para ser resuelta por el juez de lo contencioso administrativo, debe tener como causa un conflicto o litigio entre las partes en torno al balance de cuentas de la relación comercial que les impida

arribar de forma directa y sin la intervención de la jurisdicción a la realización de ese acto, nada de lo cual tuvo ocurrencia en el *sublite*, pues lo que se evidencia es que se busca condensar en la liquidación las consecuencias de una declaratoria de incumplimiento que no fue debidamente ejercida por la contratante.

Sobre el particular esta Subsección recientemente consideró:

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de octubre de 2019, Exp. 60304. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Como cualquier otra, la pretensión de liquidación judicial del contrato no se agota solamente en el hecho de pedir que se haga una declaración en tal sentido, sino que debe estar acompañada de la razón de hecho de la que, a juicio del demandante, se deriva la o las consecuencias jurídicas que pide sean declaradas en instancias judiciales, razón que, a su vez, debe revelar el conflicto que se traslada al conocimiento de juez para que sea este el que lo desate, de cara a los hechos propuestos, las normas aplicables y previa intervención de la contraparte, pues, como ya se mencionó, de no existir litigio previo que resolver, si el juez procede a la liquidación, usurparía, o bien las funciones de la administración, o suplantaría a las partes en el cumplimiento de sus deberes negociales. Es decir, la pretensión de liquidación judicial del contrato debe estar acompañada de los fundamentos de hecho o, lo que es lo mismo, de la causa petendi en la que se sustenta, por ser este, justamente, el objeto sobre el cual recaerá la defensa de la contraparte y, a su vez, el pronunciamiento del juez.

Ahora, si es una entidad pública la que formula la pretensión de liquidación, al momento de la presentación de la demanda no debe contar con facultad para adoptar ese acto de manera unilateral, pues si es así el conflicto lo debe resolver ella en vía administrativa expidiendo el acto respectivo cuya legalidad podrá ser discutida en vía gubernativa o judicial por el contratista, puesto que, se reitera, la labor del juez de lo contencioso administrativo no consiste en reemplazar a la administración en el cumplimiento de sus competencias –las cuales son irrenunciables–, sino en resolver los conflictos que surjan en razón del desarrollo de tales o, en general, de todas sus actuaciones; por lo mismo, si la entidad contratante cuenta con tal habilitación legal, debe ejercerla, y si lo hace, el conflicto que se derive de ello es susceptible de trasladarse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde se revisarán los reparos de validez que el afectado presente en contra del acto administrativo que contenga la manifestación unilateral de la administración”²³.

En ese sentido, no es posible declarar la prosperidad del recurso de apelación de la entidad demandante, en relación con la declaratoria de incumplimiento, tasación de la cláusula penal pecuniaria y liquidación judicial del contrato No. 100215312-210-0-2013 de 2013, en cuanto ello supondría desconocer el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y permitir a la administración pública renunciar a las funciones que la ley le ha asignado y para las que la ha dotado de las competencias analizadas en el *sub lite*.

1.3. Conclusión

En este caso, la DIAN pretendió que se declarara el incumplimiento y se realizara la liquidación judicial del contrato No. 100215312-210-0-2013, así como que se condenará a la Organización Aycardi S.A.S. a pagar al demandante el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato; sin embargo, al analizar las

pruebas que obran en el proceso, la Sala concluye que la entidad pública se sustrajo sin justificación alguna del ejercicio de sus potestades unilaterales y pretendió trasladar dichas competencias al juez, cuando todavía gozaba de la competencia

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de mayo de 2022, expediente: 55.868, C.P. José Roberto Sáchica Méndez

para declarar el incumplimiento o liquidar unilateralmente el negocio mediante acto administrativo, con las consecuencias jurídicas y económicas que ello acarrea para el contratista.

Debido a lo evidenciado en el párrafo anterior y, con fundamento en lo expuesto, la sentencia de primera instancia será revocada, dado que no se evidencia una controversia susceptible de ser dirimida por el juez de lo contencioso administrativo.

3. Costas

De conformidad con el artículo 188²⁴ del CPACA y con la disposición especial del numeral cuarto del artículo 365²⁵ del CGP, para el caso particular procede la condena en costas, en ambas instancias, a cargo de la parte vencida en el proceso, en este asunto, a la demandante.

Así las cosas, el artículo 361 del CGP establece que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el Tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso²⁶.

En el presente caso se encuentra acreditada la gestión de la parte demandada, en ambas instancias, a través de las actuaciones adelantadas. En tal sentido, la Sala estima suficiente dicha gestión para que se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas en favor de la Organización Aycardi S.A.S.

Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*²⁷.

²⁴ “CPACA. Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

²⁵ “Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las

costas de ambas instancias.

²⁶ A cuyo tenor: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”.

²⁷ De acuerdo con la Corte Constitucional, “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el

En ese sentido, la Sala procederá a fijar las agencias en derecho atendiendo a los parámetros que para el efecto establece el Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016²⁸, el cual dispuso en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

ACUERDO 10.554 de 2016 Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

“ARTÍCULO 2º. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.

“(..).“Artículo 5º—Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.

“ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

“(..).

En primera Instancia

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(..).

(ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo

*pedido*²⁹. *“En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”*

A partir de lo expuesto, la Sala fijará las agencias en derecho de ambas instancias que estarán a cargo de la DIAN, entidad vencida en el proceso, y a favor de la Organización Aycardi S.A.S., en la actualidad, Agopla S.A.S., teniendo en consideración la suma de las pretensiones económicas.

proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.

²⁸ Aplicable al caso concreto, considerando que la demanda se presentó el 8 de marzo de 2018, cuando ya se encontraba vigente tal normativa.

²⁹ Sobre el particular cabe precisar que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los asuntos no atienden a la clasificación en términos de mínima, menor o mayor cuantía, por lo que, para efectos de calcular las agencias en derecho, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 10554, resulta pertinente acudir a los rangos que sobre la cuantía de los asuntos contempla el CGP. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del CGP, los asuntos son de mayor cuantía *cuando “versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes”*. Las pretensiones en el presente asunto equivalen a

\$880'950.618, monto que excedió los 150 SMLMV para la fecha de presentación de la demanda -8 de marzo de 2018-.

Se agrega que esta directriz fue acogida por esta Subsección, en sentencia del 19 de marzo de 2021, proferida dentro del expediente No. 63836. Criterio reiterado en sentencia del 7 de diciembre de 2021, expediente: 66.589.

En relación con la **primera instancia**, se fija en el 3% de \$880'950.618, que equivale a \$26'428.518.

Asimismo, en la **segunda instancia** se fijarán en la suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2022, por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en primera instancia, se fija la suma de \$26'428.518, en favor de la Organización Aycardi S.A.S., en la actualidad, Agopla S.A.S.

Asimismo, en la segunda instancia se fijan en la suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, en favor de la Organización Aycardi S.A.S., en la actualidad, Agopla S.A.S.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

